



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2011

**Rezension von: Christoph Wolf. Vertikale Kontrolle durch
Immaterialgüterrechte (Baden-Baden, 2009)**

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-53749>
Journal Article

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2011). Rezension von: Christoph Wolf. Vertikale Kontrolle durch Immaterialgüterrechte (Baden-Baden, 2009). UFITA: Archiv für Urheber- und Medienrecht, 12(1):286-290.

Christoph Wolf: Vertikale Kontrolle durch Immaterialgüterrechte (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 230) – Baden-Baden: Nomos 2009. 285 S., ISBN 978-3832941703

Rechte des geistigen Eigentums schließen andere von der Nutzung des geschützten Immaterialguts aus. Als wirtschaftliche Begründung wird häufig die Formel benutzt, dass der Imitationswettbewerb beschränkt wird, um den Substitutions- und Innovationswettbewerb zu fördern. Diesem Gedankengang liegt eine horizontale Perspektive zu Grunde: Rechte des geistigen Eigentums schließen in erster Linie konkurrierende Technologien, Produkte oder Verfahren aus. Aber wie weit sollte der Schutz in vertikaler Hinsicht reichen, also aufwärts und abwärts in der Wertschöpfungskette? Das Problem wurde bereits implizit am Beispiel zahlreicher Einzelfragen diskutiert. *Christoph Wolf* legt nun eine systematische Analyse des Problems aus rechtswissenschaftlicher Sicht vor, welche die neueren Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften berücksichtigt und für die Bestimmung der Schutzvoraussetzungen, des Schutzzumfangs und der Schutzschränken fruchtbar macht.

Ein substantieller Teil der Arbeit ist der ökonomischen Analyse der vertikalen Kontrolle gewidmet. Verschiedene ökonomische Konzepte werden aufgearbeitet und auf den Prüfstand gestellt, so z.B. das Problem der doppelten Marginalisierung, die Marktverschließung, Kopplung und Bündelung, die *prospect theory*, die Theorie unvollständiger Verträge, das Problem asymmetrischer Information, die Ansätze zur kumulativen Innovation und der *new property rights approach*. Der Verfasser macht anschaulich, welchen Einfluss die Ausgestaltung von Immaterialgüterrechten auf die Marktstruktur hat, indem Anreize für vertikale Integration geschaffen oder versagt werden. Starke Schutzrechte, die leicht zum Gegenstand von Transaktionen gemacht werden können, stärken die Existenz und Unabhängigkeit kleiner forschungsintensiver Unternehmen und können für eine "modulare" Wirtschaftsstruktur sorgen. Andererseits können breit definierte Schutzrechte die Tätigkeit auf benachbarten Märkten auch verhindern und vertikale Integration fördern. Wie uneinheitlich der ökonomische Befund ausfällt, macht der Umstand deutlich, dass es neben der "Tragödie der Allmende" (bei zu wenig Schutz) auch eine *tragedy of the anticommons* gibt: Zu viel Schutz oder zu breiter Schutz können zur Blockade und zur Verhinderung von Folgeinnovationen führen.

Der Verfasser unterscheidet in vorbildlicher Klarheit zwischen allokativen Marktmachtwirkungen und dynamischen Effekten. Im Hinblick auf die statische Analyse gelangt er zu dem Ergebnis, dass vertikale Kontrolle nur in den Fällen extremer Marktmacht negative Wirkungen habe, ansonsten aber positiv zu bewerten sei. Ein anderes Bild ergibt sich in dynamischer Perspektive: Vertikale Kontrolle könne zwar zu Wohlfahrtsgewinnen führen, indem beispielsweise im Sinne der *prospect theory* ineffiziente Innovationswettläufe vermieden werden oder kumulative Innovation gefördert wird. Es seien aber auch Wohlfahrtsverluste denkbar, etwa wenn Folgeinnovationen gehemmt oder Infrastrukturelemente gesperrt werden. Deshalb seien Beschränkungen statischer Effizienz nicht pauschal durch den Hinweis auf die dynamischen Effekte zu rechtfertigen. Immaterialgüterrechte dürften also nicht prinzipiell den Vorrang vor anderen Marktfreiheiten erhalten. Was das Regel-/Ausnahmeverhältnis betrifft, so gelte auf der Grundlage der Lehre von den öffentlichen Gütern und der Annahme unvollständiger Information, dass Gemeinfreiheit die Regel und Ausschließlichkeitsrechte die besonders zu begründende Ausnahme darstellten. Der Verfasser lehnt eine "Eigentumslogik" im Bereich der Immaterialgüterrechte ab und plädiert dafür, die Bestimmung des Schutzzumfangs von den wirtschaftlichen Funktionen des Schutzrechts abhängig zu machen.

Dem ökonomischen Ausgangspunkt stellt der Verfasser das positive Immaterialgüterrecht gegenüber, wobei er nach den Kategorien Schutzvoraussetzungen, Schutzzumfang und Schutzzschränken unterscheidet. Er untersucht, in welchem Umfang das geltende Recht den Rechtsinhabern die Kontrolle über vorgelagerte, nachgelagerte oder benachbarte Märkte einräumt oder versagt. Er behandelt in diesem Zusammenhang eine Fülle von Einzelfragen, z.B. Datenbankschutz, das Freihaltebedürfnis im Markenrecht, absoluten Stoffschutz im Patentrecht (insbesondere für Gensequenzen), den Schutz derivativer Werke im Urheberrecht, die Erstreckung des Markenschutzes auf Spielzeugmodelle, den Handel mit gebrauchter Software, das *reverse engineering* und den Geschmacksmusterschutz von Ersatzteilen. Diese Anwendungsfälle werden durchweg daraufhin untersucht, ob der Schutz in vertikaler Hinsicht angemessen ausgestaltet ist.

So beschäftigt sich der Verfasser auch intensiv mit den tückischen Details der Erschöpfungslehre, z.B. mit den Umpackfällen, und spricht sich für eine differenzierte Bewertung vertikaler Kontrollmöglichkeiten aus. Er bezieht Stellung gegen eine weite Auslegung der Ausnahmen zum Erschöpfungsgrundsatz, z.B. der "berechtigten Gründe", die es dem Markeninhaber erlauben, sich dem weiteren Vertrieb der Waren zu widersetzen. In Bezug auf die erschöpfungsrechtlichen Einzelfragen im Urheberrecht führt den Verfasser eine detaillierte Analyse des BGH-Entscheids *OEM-Version* zu der Schlussfolgerung, dass die Erschöpfungswirkung nicht durch die Abspaltung eines bestimmten Vertriebswegs in der Form eines besonderen Nutzungsrechts ausgehebelt werden kann, jedenfalls dann nicht, wenn hierfür das gleiche Werkexemplar wie für andere Vertriebswege erforderlich ist. Er spricht sich gegen eine Umfunktionierung des Urheberrechts zu einem Vertriebskontrollrecht aus. Vorschlägen in der Literatur, den Erschöpfungszeitpunkt nach hinten zu verlegen, nämlich erst in dem Zeitpunkt eintreten zu lassen, in dem die Ware ein bestimmtes Vertriebssystem verlässt, steht der Verfasser im Prinzip positiv gegenüber, jedenfalls soweit dies zu einer genaueren Beurteilung im Einzelfall führe. Er fügt hinzu, dass es sich dabei um eine rechtspolitische Frage handle, die zudem von der Funktion des jeweiligen Schutzrechts abhängen. Unterschiedliche Lösungen in Urheber- und Markenrecht seien naheliegend, nämlich eine (gewisse) Kontrolle der Vertriebswege im Markenrecht, nicht aber im Urheberrecht.

Diese These regt (wie so viele Passagen dieses äußerst gedankenreichen Werks) zu weiteren Überlegungen an. Zugunsten einer stärkeren Kontrolle der Vertriebswege durch das Markenrecht lassen sich aus der jüngeren Zeit die Anreicherung der Markenfunktionen und die Umwälzungen bei der ökonomischen Analyse vertikaler Beschränkungen anführen. Lässt sich hieraus die Schlussfolgerung ziehen, dass Vertriebswege verstärkt durch markenrechtliche Ansprüche abgesichert werden sollten? Der EuGH hat diesen Weg nun beschritten (Urteil v. 23.4.2009, Copad SA/Christian Dior couture SA, Rs. C-59/08; die Entscheidung ist nach Fertigstellung der hier besprochenen Dissertation ergangen). Der Gerichtshof hat die Erschöpfungswirkung verneint, wenn der Nehmer einer Herstellungs- und Vertriebslizenz eine Bestimmung des Lizenzvertrags verletzt, nach der er die Lizenzerzeugnisse nicht an Discounter vertreiben darf. Obwohl die materiellen Produkteigenschaften mit den Vorgaben des Lizenzvertrags in Übereinstimmung stehen, wird eine Qualitätsbeeinträchtigung angenommen, weil der Vertrieb über Discounter den Prestigecharakter der betroffenen Textilprodukte beeinträchtigt. Auf diesem Weg wird dem Markeninhaber die weitgehende Kontrolle über den Weitervertrieb von Luxusprodukten eingeräumt.

Das *Copad*-Urteil verdient Zustimmung nur im Ausgangspunkt, nämlich dass keine Erschöpfungswirkung eintritt, wenn Lizenzbestimmungen verletzt werden, die schutzrechtliche Ansprüche (im Gegensatz zu bloß vertraglichen Ansprüchen) auslösen. Hierzu gehören Lizenzabreden, welche sich auf die Qualität der Lizenzzeugnisse beziehen (Art. 8 Abs. 2 Markenrechts-Richtlinie). Qualitätsanforderungen in diesem Sinn sollten allerdings – entgegen der Auffassung des Gerichtshofs – auf physische Produkteigenschaften beschränkt bleiben. Dies folgt einerseits aus dem Gebot der Rechtssicherheit: Die Wirtschaftsteilnehmer müssen davon ausgehen können, dass ein immaterialgüterrechtlich geschütztes Produkt, das mit Zustimmung des Rechtsinhabers oder eines anderen Berechtigten in den Verkehr gebracht wurde, nun ohne Interventionsmöglichkeiten der Rechtsinhaber frei zirkulieren kann. Zwar lässt sich keine absolute Rechtssicherheit herstellen, da die Erschöpfungswirkung bei Verletzungen des Schutzrechts im Umfeld des ersten Inverkehrbringens ausbleibt. Dies ist aber kein Argument dafür, das Postulat der Rechtssicherheit vollständig zu unterminieren. Andererseits streiten systematische Gründe für eine Engführung markenrechtlicher Vertriebskontrollrechte: Es ist nicht die Aufgabe der Immaterialgüterrechte, auch nicht des Markenrechts, *inter partes* getroffene Vereinbarungen flächendeckend durch Ansprüche *erga omnes* abzusichern. Schutzrechte sollen eine bestimmte Rechtsmacht konstituieren. Die Verwertung der Schutzrechte erfolgt sodann durch Verträge am Markt. Vertriebsbezogene Vertragsverletzungen durch einen Lizenznehmer (die sich nicht auf das Lizenzgebiet i.S. von Art. 8 Abs. 2 Markenrechts-Richtlinie beziehen) sollten vertragliche Ansprüche gegen diesen, nicht aber umfassende Ansprüche gegen vertraglich nicht gebundene Außenseiter nach sich ziehen. Der These von der Retardierung des Erschöpfungszeitpunkts und der Vertriebskontrollfunktion des Markenrechts ist also das Gebot des Verkehrsschutzes, der Schutz der legitimen Interessen vertraglich nicht gebundener Außenseiter und der Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse entgegenzusetzen.

Dieses Ergebnis zeigt, dass die ökonomische Analyse des Immaterialgüterrechts einer Ergänzung auf der Konkurrenzebene bedarf: Auch wenn man anerkennt (und dies ist – ungeachtet kartellrechtlicher Meinungsunterschiede über die richtige Ausgestaltung des Vertriebskartellrechts – im Grundsatz unstreitig), dass der Schutzrechtsinhaber sich gegen die Verletzung vertriebsbezogener Abreden zur Wehr setzen können muss, folgt hieraus nicht automatisch, dass dieser Schutz auch immaterialgüterrechtlich ausgestaltet werden sollte. Es sind vielmehr Grenznutzen und Grenzkosten des Immaterialgüterschutzes einander gegenüberzustellen. Der Grenznutzen wird in den hier relevanten Fällen gering sein, da ja bereits die allgemeinen vertragsrechtlichen Rechtsbehelfe gegen den Vertragspartner (und in Ausnahmefällen auch lauterkeitsrechtliche Ansprüche gegen Dritte) zur Verfügung stehen. Die Grenzkosten erscheinen hingegen bedeutend, da der intransparente immaterialgüterrechtliche Status der Lizenzprodukte Unsicherheiten für die Allgemeinheit schafft. Soweit ersichtlich, steht die ökonomische Analyse dieser Fragestellung noch aus. Insofern erscheinen die bisher vorliegenden Begründungen für eine Engführung der Erschöpfungslehre unvollständig.

Der Erschöpfungsaspekt ist nur ein kleiner Ausschnitt aus der vom Verfasser behandelten Gesamtproblematik. Die systematische Verfolgung der vertikalen Perspektive sorgt für eine Fülle von Anregungen und schärft das Analyseinstrumentarium im Hinblick auf die richtige Ausgestaltung der Schutzrechte und die Rechtsanwendung im Einzelfall. Der Verfasser behält dabei immer den rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang im Auge. Bemerkenswert ist das Ergebnis, wonach dem Immaterialgüterrecht wettbewerbspolitische Argumente nicht fremd sind. Diese seien also nicht nur externen Schranken vorzubehalten, sondern – soweit möglich, d.h. bei hinreichender Generalisierbarkeit – bereits schutzrechtsintern zu berücksichtigen. Hervorzuheben ist auch die Modernität des Ansatzes:

Der Verfasser geht aktuellen Strömungen in den Wirtschaftswissenschaften nach, die bisher noch nicht für die Rechtswissenschaft aufbereitet worden sind. Im Zusammenhang mit der rasanten Bedeutungszunahme ökonomischer Analyse im Kartellrecht im Zuge des *more economic approach* ist die Forderung aufgestellt worden, dass auch auf dem Nachbargesamt des geistigen Eigentums die Konstituierung und Begrenzung von Ausschließlichkeitsrechten verstärkt der ökonomischen Begründung bedarf. *Christoph Wolfs* souveräne Untersuchung zu den vertikalen Auswirkungen von Ausschließlichkeitsrechten ist für die Beschreitung dieses Wegs richtungweisend.